



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

Libre competencia en el Chile del coronavirus¹

PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA

**Opinión técnica
Nº 6/ ABRIL 2020**

¹ Documento elaborado por Virginia Rivas. Abogada U. Chile, profesora de Derecho Económico UC, LL.M. University of California, Berkeley y MSc. en Regulación, London School of Economics. Formó parte de la División Anti Carteles de la Fiscalía Nacional Económica.

Libre competencia en el Chile del coronavirus.

Virginia Rivas Sánchez

La pandemia del coronavirus está poniendo presión a la economía global desde los más diversos ámbitos. En este escenario, resulta relevante reflexionar sobre cómo esta contingencia puede representar desafíos para nuestra normativa de libre competencia.

En las últimas semanas, hemos visto que empresas competidoras en diversas áreas de la economía han buscado espacios para colaborar en la producción y en la logística de abastecimiento de bienes de primera necesidad. En varios casos, esta colaboración entre competidores ha sido urgida y requerida por los propios gobiernos centrales, como ha ocurrido en los Estados Unidos respecto de la fabricación de equipo médico protectivo.

En varias jurisdicciones comparadas, las normativas de libre competencia expresamente contemplan provisiones que autorizan hipótesis de colaboración entre competidores o permiten a las autoridades entregar exenciones a la aplicación de la regulación.

Así, por ejemplo, la *Competition and Markets Authority* de Reino Unido ha publicado guías sobre la aplicación que harán de la exención legal que permite acuerdos entre competidores que mejoren la producción y cedan en beneficio de los consumidores, mientras que la *Australian Competition and Consumer Commission* ha hecho uso de sus facultades para autorizar excepcionalmente acuerdos entre compañías de telecomunicaciones y distribuidores de medicinas, entre otros rubros, que aseguren el abastecimiento de sus respectivos productos y servicios.

A diferencia de estas jurisdicciones, en nuestro país la normativa no contempla excepciones a la prohibición de acuerdos entre competidores, establecida de manera específica en el artículo 3º, letra a), ni tampoco establece la posibilidad de que la autoridad otorgue exenciones para ciertos rubros.

Hace pocos días, la Fiscalía Nacional Económica confirmó lo anterior mediante una breve declaración pública, emitida "*con el fin de intentar generar mayores grados de predictibilidad y certeza tanto para las autoridades públicas encargadas de manejar la crisis sanitaria como para los agentes económicos privados*". Dicha declaración incluyó algunos

lineamientos muy generales sobre cómo ciertos acuerdos entre competidores podrían, en principio, ser lícitos en caso de que generen eficiencias que superen a los riesgos anticompetitivos.

Es comprensible la distancia con que la Fiscalía Nacional Económica ha abordado la discusión sobre colaboración entre competidores, dado que carece de facultades legales para aprobar *ex ante* la conducta de los agentes en el mercado – con excepción, por cierto, de las operaciones de concentración.

Sin embargo, nos parece claro que un entendimiento temporal entre competidores, que busque asegurar la producción o logística de abastecimiento de productos y servicios básicos, no podría ser considerado ilícito, si es que cede en beneficio de los consumidores en términos de disponibilidad de dichos bienes y servicios.

Adicionalmente, para este escenario excepcional, entendemos que deberían cumplirse al menos otras dos condiciones: en primer lugar, que la interacción entre los competidores se limite estrictamente al objeto señalado y que por ningún motivo implique acuerdos de aumento de precios o limitaciones de producción. Y, por otra parte, que la información que se compartan estos agentes también se restrinja estrictamente a aquella imprescindible para efectos de la coordinación de producción o abastecimiento.

En otras palabras, la licitud de este tipo de colaboración es simple consecuencia de lo que podríamos llamar una “aplicación reversa” de la aceptada prohibición *per se* de acuerdos entre competidores: si esta última se fundamenta en que la experiencia de la ciencia económica nos ha enseñado que, por regla generalísima, los acuerdos horizontales no traen consigo eficiencias ni bienestar al consumidor, entonces un acuerdo de colaboración temporal que sí las produzca (permitiendo que *continúe existiendo un mercado* de cara a los consumidores), debiese quedar fuera del ámbito de la prohibición, siempre y cuando se observen las condiciones antes indicadas.

Es posible que la agencia chilena no haya visto urgencia en entregar lineamientos más precisos, puesto que nuestro país no es una economía industrial que fabrique algunos de los productos que escasean en esta crisis. Sin embargo, no podemos descartar que en las próximas semanas se produzcan situaciones que afecten en forma concreta el abastecimiento de productos o servicios de primera necesidad (por ejemplo, alimentos, medicamentos, internet, crédito bancario o aseguramiento de la cadena de pagos). En tal escenario, la Fiscalía probablemente aportará lineamientos casuísticos adicionales, para reducir la incertidumbre a la que pueden verse expuestas las empresas.

Por otra parte, debemos considerar que el actual escenario económico puede convertirse en terreno fértil para la ejecución de abusos de dominancia. Las constricciones que impondrá a las empresas la recesión que se pronostica, podrían llevar a que muchas de ellas utilicen prácticas abusivas para mantenerse en el mercado.

Así, por ejemplo, aprovechando la contingencia, un agente con poder de mercado podría imponer condiciones contractuales en extremo gravosas a sus distribuidores (como imponer el aumento de los plazos de pago), trasladando hacia estos últimos todos los riesgos del negocio en tiempos económicos difíciles.

De la misma forma, una empresa dominante podría verse tentada de abusar de restricciones verticales, tales como cláusulas de exclusividad, ventas atadas o descuentos por metas incrementales –que producen virtualmente el mismo efecto—, con el objeto de mantener su presencia en mercados que se contraerán bruscamente este año.

Ciertamente, debe existir claridad entre las empresas de que esta clase de conductas no serán excusadas por la contingencia. Un abuso del poder de mercado no generará eficiencias para las cadenas productivas ni para los consumidores y continuarán siendo conductas ilegales e inaceptables.